

Dictamen n°: **297/17**
Consulta: **Consejero de Transportes, Vivienda e
Infraestructuras**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **13.07.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 13 de julio de 2017, sobre la consulta formulada por el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de *“Concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante oficio que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 15 de junio de 2017, el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras ha solicitado dictamen preceptivo sobre la resolución del contrato de *“Concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero”* (en adelante, *“el contrato”*). En dicha fecha ha comenzado el cómputo del plazo de treinta días para la emisión del dictamen conforme a lo previsto en el artículo 23.1 del Reglamento de

Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCA).

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 13 de julio de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Con fecha 15 de marzo de 2006 se suscribió un convenio de colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles para la financiación de la construcción y explotación de la línea ferroviaria Móstoles-Navalcarnero mediante un contrato de concesión de obra pública. En virtud del convenio y dado el interés de dicho Ayuntamiento en el soterramiento de la línea por el casco urbano, se contemplaba un nuevo trazado que conectaba la nueva línea ferroviaria a Navalcarnero en Móstoles-Central, en lugar de en Móstoles-El Soto (proyecto inicial de la Comunidad de Madrid), de tal forma que *“se ejecutaría aproximadamente el 75% del soterramiento de la línea a su paso por el casco urbano, favoreciendo el cumplimiento del objetivo perseguido por ambas Administraciones de integrar el ferrocarril en el entorno urbano y recuperar suelo para la ciudad”*. El incremento del coste de construcción del nuevo trazado era asumido íntegramente por el Ayuntamiento de Móstoles *“mediante la realización de una transferencia de capital, a favor del concesionario, por la cantidad de cincuenta millones de euros (50.000.000 €), durante el cuarto año desde la firma del presente Convenio”*.

Asimismo, el día 3 de mayo de 2007 se firmó un convenio de colaboración para la redacción del proyecto, construcción y explotación de la obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles-Central y Navalcarnero, entre el Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid y MINTRA.

Ambos convenios se integraron en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y en el expediente contractual, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 12 del PCAP y en el expositivo segundo del contrato.

2.- Con fecha 22 de octubre de 2007, MINTRA adjudicó el contrato por un plazo de 20 años a contar desde el día siguiente al de su formalización, a una futura sociedad concesionaria a constituir entre OHL S.A. y OHL CONCESIONES S.L. El presupuesto estimado de la inversión inicial se fijó en 396.632.515 euros.

El día 2 de enero de 2008 se formalizó el contrato de concesión administrativa entre Cercanías Móstoles Navalcarnero S.A. (en adelante, CMN, “la concesionaria” o “la contratista”) y MINTRA.

El 28 de agosto de 2008 fue aprobado por MINTRA el proyecto definitivo de la “*Concesión de Redacción de Proyecto, Construcción y Explotación de la Obra Pública de la Nueva Línea de Transporte Ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero*”.

El acta de comprobación del replanteo fue formalizado con fecha 10 de septiembre de 2008. En ella se constataba que se disponía de los terrenos necesarios para el comienzo de las obras y la viabilidad del proyecto, por lo que se autorizaba el inicio de los trabajos -de acuerdo con la oferta realizada- con un plazo de ejecución de 28 meses. Según la cláusula 6 del PCAP, el plazo máximo para la finalización de las

obras que debía ejecutar el concesionario era de 30 meses a contar desde la fecha de la firma del Acta de Replanteo, esto es, el 11 de marzo de 2011.

En la reunión ordinaria de obra n° 83, celebrada con fecha 14 de enero de 2010, OHL como responsable de la construcción manifestó que se habían producido una serie de paralizaciones en la ejecución de las obras y que no iba a continuar con los trabajos. En el acta de esta reunión consta que MINTRA solicitó a la concesionaria y a OHL que le informaran de la fecha de terminación de los trabajos y que la concesionaria respondió que *“dado que no se dispone de financiación se deben paralizar los trabajos y a día de hoy no tienen conocimiento de cuándo se van a poder retomarlos mismos, por lo que quedarán paralizados sine die”*.

Con fecha 18 de enero de 2010, MINTRA requirió a la concesionaria para que subsanase de manera inmediata los incumplimientos en que se estaba incurriendo en la ejecución de las obras y reanudara su ejecución, concediéndole un plazo de 20 días para presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de este requerimiento bajo la advertencia de la imposición de sanciones por incumplimiento de obligaciones contractuales.

3.- El día 27 de julio de 2010, el concesionario presentó una solicitud de resolución de contrato por causa no imputable al contratista. En el escrito manifestaba la imposibilidad de obtener la financiación para el cumplimiento del contrato y fundamentaba la resolución del contrato en las siguientes causas: 1) Incumplimiento por MINTRA de la obligación esencial de financiar parte del coste de la construcción de la infraestructura ferroviaria objeto de dicho contrato. 2) Imposición de modificaciones por parte de MINTRA al proyecto definitivo inicialmente aprobado que habrían supuesto un incremento

superior al 20% del presupuesto inicial de dicho proyecto. 3) Imposibilidad sobrevenida de explotación de la obra pública, debida a los acuerdos adoptados por la Comunidad de Madrid. 4) Inviabilidad del contrato, debido a todas las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles concurrentes en ese momento. Con la solicitud de resolución por causa no imputable al contratista, la concesionaria solicitaba el pago de las inversiones realizadas y la devolución de la garantía constituida. Además, solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como el abono de los intereses de demora de las citadas cantidades que deberían determinarse en un procedimiento de liquidación del contrato. Finalmente, la concesionaria solicitaba como medida provisional la suspensión provisional del contrato de concesión.

Con fecha 27 de octubre de 2010, la concesionaria presentó escrito en el que solicitaba dejar sin efecto su solicitud de resolución contractual, manifestaba su voluntad de cumplir con sus compromisos contractuales retomando la ejecución de las obras en los términos que resulten de un nuevo plan de trabajo y solicitaba la concesión de un plazo para presentar el nuevo plan de trabajo.

Por resolución de fecha 16 de noviembre de 2010, MINTRA aceptó la solicitud de tener por no presentada la petición de resolución del contrato, y requirió a la concesionaria la presentación un nuevo plan de trabajo en el plazo de treinta días.

Con fecha 27 de diciembre de 2010 MINTRA aprobó el nuevo programa de trabajo con la consiguiente prórroga del plazo para la finalización de las obras, *“si bien durante el período en el que nuevo plan prevé únicamente la actividad de búsqueda y obtención de la financiación, deberán realizarse las obras y actuaciones que se*

relacionan en el acta redactada por la Asistencia Técnica relativa a la reunión mantenida con CMN el pasado 3 de diciembre”.

La resolución compelia a la concesionaria al estricto cumplimiento del contrato en los términos del nuevo plan de trabajo aprobado, en particular, en lo relativo a la obtención de financiación “*so pena de incurrir en las responsabilidades que deriven de incumplimientos futuros*”.

Según la fundamentación jurídica de la resolución de 27 de diciembre de 2010,

“... la resolución del actual contrato de concesión y posterior licitación de uno nuevo supondría, sin duda, cumplidos todos los trámites preceptivos para ello, un mayor retraso y coste para la puesta en funcionamiento de la nueva línea, que puede mitigarse con la reanudación de las obras por parte de la actual concesionaria, que ha expresado su voluntad de reiniciarlas en el menor tiempo posible. En relación con lo anterior, las dificultades financieras y la crisis económica que CMN ha puesto de manifiesto en su escrito de 27 de octubre de 2010, han sido tenidas en consideración en la aprobación del nuevo plan de trabajo, si bien ello se ha realizado al único objeto de permitir la consecución del interés público manifestado, cual es la puesta en marcha de la infraestructura en el menor tiempo posible.

En este sentido, las mencionadas dificultades financieras y la crisis económica no pueden servir, en ningún caso, para limitar la responsabilidad y los riesgos asumidos por CMN, en los términos establecidos en su oferta y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares rector del contrato de concesión. Conforme con éstos, la sociedad concesionaria asume las eventuales consecuencias derivadas de cualquier disminución de la

demanda y se obliga a obtener, de forma inmediata, tras la firma del contrato, la financiación, propia o ajena, necesaria para el cumplimiento del contrato. Esto es, la financiación debía haberse cerrado mucho antes de que la situación económica se deteriorase”.

El plazo para la actividad de búsqueda y obtención de la financiación comenzaba el 1 de septiembre de 2011, según consta en escrito de la concesionaria presentado el día 7 de octubre siguiente, finalizando el 31 de enero de 2013.

Con fecha 20 de enero de 2011, el Ayuntamiento de Navalcarnero remitió a MINTRA un informe de los servicios técnicos municipales sobre los daños y perjuicios que estaba causando al citado municipio la paralización de las obras e instaba su reanudación o, en su defecto, la restitución de los servicios y viales afectados a su estado original.

A la vista del anterior escrito del Ayuntamiento de Navalcarnero, tras la celebración el día 1 de febrero de 2011 de una reunión entre representantes de MINTRA y de la concesionaria, se ampliaron las obras que debían realizarse durante el período en el que el nuevo plan preveía únicamente la actividad de búsqueda y obtención de la financiación.

Por escrito de 25 de febrero de 2011, MINTRA requirió a la concesionaria para que realizase las obras previstas en el informe de 18 de diciembre de 2011.

Mediante la Ley 4/2011, de 28 de julio, de extinción de MINTRA, se procedió a la disolución de la entidad de derecho público, disponiendo su artículo único, en su apartado segundo, la asunción de todos sus bienes, derechos y obligaciones por la Dirección General de

Infraestructuras de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

Con fecha 7 de octubre de 2011, la concesionaria presentó un escrito en el que ponía de manifiesto el fracaso en la actividad de búsqueda y obtención de la financiación y solicitaba una modificación del contrato basada en necesidades nuevas y causas imprevistas. En su escrito exponía:

«Que en el desarrollo y ejecución del mencionado contrato, se han llevado a cabo obras adicionales y modificados. Entre ellas destacamos a modo de ejemplo la denominada “Conexión Metrosur”, realizada en la estación de Móstoles Central. Esta estación, ejecutada en buena parte, se ha modificado sobre la inicialmente prevista, no sólo para conectarla con Metro, sino también para dotarla con capacidad suficiente para el flujo de viajeros en su futura configuración en conexión con la línea C5 de Cercanías. Ello en atención a la necesidad nueva detectada de fomentar la interconexión de líneas mediante la agilización del tránsito y, con ello, la demanda, ante escenarios distintos de los existentes al tiempo de la licitación.

(...) Asimismo, consideramos que puede resultar de interés de la Administración y así lo proponemos, la modificación del contrato para permitir la conexión de la infraestructura hoy en ejecución, con la línea C5 de Cercanías RENFE. Téngase en cuenta que el trazado ferroviario actualmente en Móstoles es en superficie, y ello supone una ruptura de la ciudad en dos partes (...).

Además, es obvio que se produciría una alta mejora en el servicio, evitando un transbordo y logrando así un tiempo de recorrido directo hasta Atocha 10 ó 15 minutos menor (...).

Esta conexión, que no resultaba posible cuando se licitó y adjudicó el contrato ni cuando se redactó el proyecto de construcción, y que tampoco podía preverse en qué momento la Administración central y sus organismos dependientes la consentirían, lo que es requisito indispensable, puede plantearse en la actualidad, en el marco de las nuevas legislaturas, sobre la base de retomar acuerdos previos y a fin de fomentar la interconexión de líneas y, con ello, la demanda, ante escenarios distintos de los existentes al tiempo de la conexión».

Con su escrito de solicitud de modificación contractual se comprometía a presentar un anteproyecto comprensivo de todas las obras adicionales y modificados ejecutados, incluida la “Conexión Metrosur”, y la conexión con la C5 de Cercanías RENFE, así como un estudio económico.

Con fecha 17 de noviembre de 2011, la concesionaria presentó un escrito con documentación acreditativa de las gestiones realizadas sin éxito para la obtención de financiación para el contrato. Aportaba al efecto cartas de dos entidades de crédito fechadas el día 15 de noviembre de 2011, en las que respectivamente concluían no estar en condiciones de ofrecer una estructura de financiación que permitiera el desarrollo del proyecto, tal y como estaba configurado, en base a un riesgo-demanda.

El día 22 de diciembre de 2011 la concesionaria presentó una solicitud de ampliación de plazo para la presentación de la documentación a cuya aportación se había comprometido en su solicitud de modificación contractual de 10 de noviembre de 2011 (anteproyecto de obras adicionales y modificados, así como el estudio económico en el que se analizaba el impacto de las modificaciones en el plan económico-financiero). El nuevo plan económico- financiero se

presentó con fecha 23 de diciembre de 2011, y el día 27 del mismo mes, el presupuesto correspondiente al anteproyecto referido.

Con fecha 21 de febrero de 2012, la Dirección General de Infraestructuras notificó a la concesionaria un requerimiento para realizar una serie de modificaciones en la documentación presentada, solicitando que en el plazo de un mes se aportase una nueva versión del anteproyecto, estudio económico de viabilidad y plan económico-financiero. Además, se advertía que la modificación propuesta requería el consentimiento de la Administración del Estado a los términos de construcción y explotación de la línea en conexión con la C5. La documentación requerida se aportó por la concesionaria con fecha 30 de marzo de 2012.

Con fecha 26 de julio de 2012, la Subdirección General de Obras de la Dirección General de Infraestructuras emitió un informe sobre la propuesta de modificación de la concesión presentada por la concesionaria.

Con fecha 1 de octubre de 2012, la asistencia técnica emitió un certificado en que se tomaba razón, en ejercicio de la labor de seguimiento de la marcha de las obras por parte de la Administración, de las unidades de obra civil e instalaciones previstas en el proyecto de construcción que habían sido ejecutadas hasta ese momento por el concesionario. Su valoración, realizada con base en los precios unitarios que figuran en el proyecto, ascendía a 125.363.158,50 euros, sin incluir I.V.A.

El 29 de noviembre de 2012, el viceconsejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda requirió a la concesionaria para que

“... Reanude la ejecución de las obras previstas en el proyecto de construcción aprobado con fecha 28 de agosto de 2008 y de todas

las actividades que son necesarias para la puesta en funcionamiento de la nueva línea ferroviaria.

Planifique las obras y actividades pendientes de ejecución y presente la programación correspondiente”.

El requerimiento fijaba un plazo de máximo de 15 días, y advertía a la empresa concesionaria de la posibilidad de imposición de sanciones por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios originados por la paralización y demora en la ejecución de las obras.

En relación con la solicitud de modificación contractual planteada, el escrito manifestaba que *“sigue contando con carencias que impiden apreciar las razones de interés público y su viabilidad en caso de aprobarse”*.

En respuesta al anterior requerimiento, la empresa concesionaria presentó el 31 de mayo de 2013 un escrito en el que justificaba y aportaba documentación relativa a la modificación propuesta. Requerido el concesionario con fecha 13 de junio de 2013 para la aclaración de diversos aspectos incluidos en la documentación aportada sobre su solicitud de modificación, contestó en fecha 4 de julio de 2013.

El 20 de febrero de 2014, el Pleno de la Asamblea de Madrid acordó instar al Gobierno de la Comunidad de Madrid que exigiese a la concesionaria la reanudación inmediata de las obras de la línea de transporte ferroviario. En su virtud, el 6 de marzo de 2014, el viceconsejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda requirió a la concesionaria la reanudación de las obras de la línea ferroviaria.

Por escrito fechado el día 30 de julio de 2014, el director general de Infraestructuras exigió al concesionario que retomase de inmediato la ejecución de las obras comenzando por las reposiciones necesarias para restituir las zonas afectadas de forma compatible con la ejecución del resto de obras.

El día 17 de noviembre de 2014, un miembro del equipo de supervisión de los trabajos emitió informe sobre la obra ejecutada a dicha fecha en los trabajos de la línea ferroviaria Móstoles-Navalcarnero. Tomando como punto de partida el certificado de valoración de los trabajos de 1 de octubre de 2012, a la fecha de emisión de este segundo informe se valoraba la obra adicional ejecutada por la concesionaria, sin añadir I.V.A., en 18.248.770,34 euros.

Por escrito presentado el 7 de mayo de 2015, la concesionaria solicitó a la Dirección General de Infraestructuras el acta de reinicio de las obras y emisión de las certificaciones de obra ejecutada, así como resolución expresa sobre la solicitud de modificación del contrato en su día presentada.

El 28 de mayo de 2015, la Dirección General de Infraestructuras, considerando que la ejecución del contrato no había sido suspendida en ningún momento, instó nuevamente a la concesionaria para que reiniciase la ejecución de las obras, con apercibimiento de la posibilidad de imponer las sanciones procedentes por incumplimiento de sus obligaciones.

4. Con fecha 12 de junio de 2015 la concesionaria solicitó la resolución del contrato con base en las siguientes causas:

1) Incumplimiento por la Administración de la obligación esencial de financiar parte del coste de la obra con la cantidad de cincuenta

millones de euros. 2) Imposibilidad sobrevenida de explotación de la obra pública debido a los acuerdos adoptados por la Comunidad de Madrid. 3) Imposición de modificaciones por parte de la Administración que habían supuesto un incremento de más del 20% del coste total de las obras inicialmente previsto, así como otras que suponían una modificación sustancial del contrato. 4) Desistimiento de la Administración contratante a la ejecución del contrato. 5) Suspensión de la ejecución por causas imputables al órgano de contratación durante un periodo de tiempo superior a ocho meses. 6) Inviabilidad sobrevenida del contrato. En línea con ello, pedía la liquidación del contrato con el abono de 238.942.656 euros en concepto de daño emergente por inversiones en obra civil e instalaciones, material móvil y otros gastos realizados a fecha 30 de abril de 2015, reservándose el derecho a ampliar la reclamación a otros costes adicionales que pudieran incrementar dicha cantidad. También solicitaba la indemnización del lucro cesante por importe de 46.503.068 euros y el abono de los intereses legales y de demora que pudieran derivarse como del retraso de la Administración en el pago de las cantidades reclamadas.

Los informes emitidos en el procedimiento se manifestaron en sentido contrario a la resolución propuesta. Fue el caso de los informes de la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras de 7 de septiembre de 2015 o del Área de Contratación Administrativa de la Secretaría General Técnica de la Consejería afectada de fecha 7 de octubre de 2015.

También emitió informe el Consorcio Regional de Transportes de Madrid con fecha 9 de septiembre de 2015, en el que expresaba que, a su juicio, eran las características de la oferta de la concesionaria, más que la crisis económica, la causa principal por la que no se había podido obtener la financiación necesaria para completar sus fondos

propios y acometer el proyecto, ya que, contemplando los pliegos la posibilidad de solicitar una banda mínima de ingresos garantizados (a la que se habían acogido el resto de licitadores), renunció a ellos, obteniendo por tal causa una puntuación más elevada en los criterios de adjudicación.

Con fecha 13 de noviembre de 2015, la concesionaria presentó un nuevo escrito en el que reiteraba su solicitud de resolución del contrato y devolución de garantía y solicitaba la ampliación de la solicitud de resolución en lo relativo a las cuantías reclamadas en los siguientes términos: 1º) 318.278.415 € en concepto de daño emergente actualizado a fecha 31 de octubre de 2015, 2º) 51.235.218 euros en concepto de lucro cesante actualizado a fecha 31 de octubre, y 3º) intereses legales y de demora que pudieran derivarse del retraso de la Administración en el cumplimiento de pago de las cantidades reclamadas.

El 24 de noviembre de 2015 se formula propuesta de orden desestimatoria de la solicitud de resolución del contrato, así como de todas las pretensiones indemnizatorias anejas, al no concurrir ninguna de las causas de resolución imputables a la Administración invocadas en la solicitud.

Con fecha 3 de diciembre de 2015, CMN interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo negativo de la solicitud de resolución del contrato, dando lugar al Procedimiento Ordinario 921/2015.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el Dictamen 545/15, de 16 de diciembre, informó desfavorablemente la resolución del contrato propuesta por la contratista. Resumidamente,

las razones del sentido desestimatorio del dictamen fueron las siguientes:

a) En cuanto a la causa de resolución consistente en el incumplimiento por la Administración de la obligación esencial de financiar parte del coste de la obra con la cantidad de cincuenta millones de euros, el compromiso del Ayuntamiento de Móstoles de realizar una transferencia de capital a favor del concesionario para financiar el soterramiento de la vía desde el cruce con la carretera A-5 y prolongación de la vía prevista en el nuevo trazado hasta la Estación Móstoles-Central, la posibilidad de financiación de la concesión por otra Administración estaba prevista en el artículo 224.4 TRLCAP, contemplando asimismo el artículo 236.2 del mismo texto legal la posibilidad de que esa financiación fuera abonada una vez que las obras estuvieran concluidas. De esta forma, al no haber concluido las obras, no era exigible el cumplimiento de la obligación ni, en consecuencia, podía hablarse de incumplimiento de sus obligaciones por parte del Ayuntamiento de Móstoles.

b) Por lo que se refiere a la pretendida imposibilidad sobrevenida de explotación de la obra pública debido a los acuerdos adoptados por la Comunidad de Madrid, puesta de manifiesto por la contratista en relación con el Plan de Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías para Madrid 2009-2015 y el Protocolo de Colaboración para Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías firmado con fecha 17 de diciembre de 2009 entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad de Madrid (el primero preveía la construcción por la Comunidad de Madrid de una nueva línea de Cercanías Ferroviarias desde la estación de Móstoles hasta Navalcarnero, dejando preparada su posible conexión con la línea C-5, y el segundo preveía expresamente la puesta a disposición de dicha infraestructura ferroviaria a favor de Renfe-Operadora para que fuera esta última quien directamente la explotara),

no se había acreditado que dichos instrumentos hubieran afectado de tal modo a la concesión que imposibilitaran la explotación de la obra pública, cuando además todavía no había comenzado su explotación ni se había ejecutado ninguno de los planes proyectados.

c) Ya en lo relativo a la imposición de modificaciones por la Administración contratante al proyecto definitivo inicialmente aprobado que habrían supuesto un incremento de la obra objeto de la concesión en más de un 20% del coste total de las obras inicialmente previsto, las medidas adoptadas por la Administración a las que se atribuía dicho resultado eran más bien la manifestación de la voluntad de resolver la situación de facto creada tras una paralización de las obras en enero de 2010. Resultaban en consecuencia una manifestación de otra de las prerrogativas de la Administración, la de inspeccionar y vigilar las obras y requerir al concesionario la adopción de las medidas oportunas ante el mal estado de conservación de las obras y el interés público de los ciudadanos de los municipios afectados. En cualquier caso, tampoco se consideraba que, una vez aceptada la modificación del contrato y ejecutada ésta, pudiera basarse en ella la posible resolución.

d) El desistimiento de la Administración, o, en términos del artículo 264 TRLCAP, “*la supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público*”, hubiera requerido de la adopción de un acuerdo formal de supresión de la explotación de la obra por dichas razones (según sentencia del TSJ de Castilla y León de 6/6/2014, RC 41/2014); en cambio, en el caso examinado, todos los actos de la Administración habían estado dirigidos a la continuación del contrato.

e) También pretendía la concesionaria la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 149.c) TRLCAP para el contrato de obras: haber permanecido la ejecución de la obra suspendida por

causas imputables al órgano de contratación durante un período de tiempo superior a ocho meses. Suspensión del contrato que debía haber sido expresa mediante el levantamiento de un acta “*en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél*” (art. 102 TRLCAP) o, en el supuesto del artículo 99 TRLCAP, acordada por el contratista solo en el caso de demora de la Administración en el pago superior a cuatro meses, lo que tampoco había ocurrido. En realidad, los períodos de falta de ejecución del contrato, si habían sido aceptados por la Administración, era en mérito a las peticiones formuladas en tal sentido por la concesionaria bajo la promesa de llevar a cabo la ejecución del contrato.

f) Tampoco se apreció la concurrencia de la inviabilidad sobrevenida del contrato, ya que la doctrina del riesgo imprevisible es una excepción a la regla general de la inalterabilidad del contrato, de la que se deriva, en el ámbito de la contratación administrativa, el principio de riesgo y ventura del contratista. Para sustentar su concurrencia, habría sido necesaria la aparición de sólidas razones, insólitas o inesperadas, que hubieran conllevado la alteración del equilibrio del contrato más allá de los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo. Antes bien, el órgano consultivo ponía de manifiesto la evolución jurisprudencial en la materia, reacia a permitir justificar el apartamiento del contrato en la crisis económica.

En fin, el CCCM destacaba la imposibilidad de aplicar en el ámbito de la contratación administrativa la *exceptio non adimpleti contractus*, de manera que, si el órgano de contratación acordare la resolución del contrato, cesaría la obligación de ejecutarlo, pero si éste considerase concurrente la causa de resolución invocada, el contratista estaría obligado a continuar la ejecución del mismo y solo

podría eludir dicha obligación si, interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria de su solicitud solicitara con su escrito, como medida cautelar, la suspensión del acto administrativo impugnado, esto es, la continuación con la ejecución del contrato.

Con fecha 18 de enero de 2016, el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras ordenó la desestimación de la solicitud de resolución del contrato con arreglo a lo dictaminado por el órgano consultivo.

5. El 11 de febrero de 2016, el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras ordenó la imposición de penalidades a CMN por el incumplimiento de la obligación de ejecutar la totalidad de las obras en el plazo previsto, apercibiendo al concesionario de que, en caso de no abonar la penalidad, se procedería a la incautación de las garantías definitivas constituidas. Asimismo, se le concedió un plazo de 16 meses a contar desde el día siguiente a la notificación de la orden para la ejecución de la totalidad de las obras objeto del contrato, incluyendo las derivadas de las obras de restitución ejecutadas por motivos de seguridad. La orden fue notificada a CMN el 12 de febrero de 2016.

Mediante comunicación de fecha 16 de febrero de 2016, la sociedad concesionaria comunicó la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a la orden de imposición de penalidades de fecha 11 de febrero de 2016, dando lugar al procedimiento ordinario 231/16. Solicitada en él la adopción de la medida cautelar de suspensión, fue desestimada mediante auto de 14 de abril de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmado en vía de reposición con fecha 25 de mayo de 2016.

Con fecha 12 de julio de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid, dictó un auto en el procedimiento 419/2016 por el que, a su

propia solicitud, se declaraba en concurso de acreedores a CMN. En dicha resolución se indicaba que la concesionaria conservaba las facultades de administración y de disposición de su patrimonio, aunque sometidas a la intervención de la administración concursal. Asimismo, se designaba administrador concursal a determinada persona identificada por su nombre y apellidos (en adelante, el administrador concursal). A dicha resolución se le dio publicidad mediante edicto del letrado de la Administración de Justicia publicado en el BOE de 16 de agosto siguiente.

El 14 de octubre de 2016 se acordó la incautación de las garantías definitivas constituidas por la contratista al no haber efectuado en el plazo concedido al efecto el abono de la penalidad impuesta con fecha 11 de febrero de 2016. Dicha resolución le fue notificada a la contratista con fecha 20 de octubre siguiente.

Ya con fecha 14 de diciembre de 2016, técnicos de División de Concesiones de la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras, acompañados de técnicos de INECO (asistencia técnica de la obra), giraron visita de inspección a las obras e instalaciones correspondientes a la construcción del proyecto. Según refleja el informe de visita de obra,

«... En dicha visita se recorrió la traza de la obra desde la estación de Móstoles Central hasta el final de la línea en Navalcarnero, observándose lo siguiente:

No se observa actividad ni personal de la empresa constructora en ningún lugar excepto en la zona del túnel “Parque Coimbra”. Esta actividad parece estar relacionada con la tuneladora que sigue estando en el interior del túnel y requiere de labores de mantenimiento.

- En la parte final del recorrido se comprueba la retirada de vallas de protección que dejan al descubierto la plataforma de la vía y las construcciones auxiliares, existiendo en algunos puntos importantes diferencias de cota».

La concesionaria interpuso el 19 de diciembre de 2016, recurso contencioso-administrativo contra la orden de incautación de las garantías definitivas de 14 de octubre anterior. Mediante auto de 3 de abril de 2017, dictado en el Procedimiento Ordinario 1108/16, se desestimó la solicitud de adopción de medida cautelar de suspensión esgrimida en la demanda.

El 22 de diciembre de 2016, la concesionaria presentó un escrito dirigido a la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras, en el que comunicaba que dos días antes (el 20 de diciembre) había recibido una comunicación de OHL, S.A., a la que había encargado los trabajos de construcción relativos a la concesión, en la que ésta le informaba que había vendido la tuneladora utilizada para la construcción. Asimismo, informaba que los trabajos ya iniciados para su retirada, se extenderían por un plazo no superior a 5 meses.

El 30 de diciembre de 2016, CMN puso en conocimiento de la Administración el escrito que había presentado en esa misma fecha ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Procedimiento Ordinario 921/2015. En dicho escrito procesal, venía a reducir la cantidad solicitada en concepto de daños y perjuicios en el precio de venta de la tuneladora.

El 23 de febrero de 2017 un titulado superior de la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras emitió un informe con el visto bueno del jefe de División de Concesiones, en el que, tras hacer referencia como antecedentes al abandono de las actividades de construcción por la concesionaria en febrero de 2010; a los reiterados

intentos de reanudación de las mismas por parte de la Administración autonómica, en particular al último plazo de prórroga concedido con fecha 12 de febrero de 2016, y al estado de la obra según el acta de la visita de inspección de 14 de diciembre de 2016, señalaba:

“A la vista de estos hechos, y dado que la obra está en el mismo estado de avance en el que se encontraba en el momento de la paralización, salvo la urbanización de las afecciones exteriores en Móstoles, nos lleva a la conclusión de que la obra no va a estar finalizada a 11 de junio de 2017, fecha en la que finaliza la prórroga de plazo otorgada.

Hecho añadido a esta conclusión es la comunicación por parte de OHL de fecha 22 de diciembre de 2016 por la que se nos informa de la venta de la máquina tuneladora. Este escrito nos confirma que los movimientos de personal observados en la zona de Parque Coimbra estaban relacionados no con el mantenimiento, sino con las labores de desmontaje y extracción de la tuneladora para su venta. Por tanto queda patente la decisión de la sociedad concesionaria de no continuar con la construcción de las obras e incumplir sus obligaciones contractuales con esta Administración.

Sirva este informe para poner en conocimiento a la superioridad de la imposibilidad técnica de tener las obras acabadas en plazo y forma”.

El día 3 de marzo de 2017, la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras, con base en los informes de inspección de las obras de 14 de diciembre de 2016 y de la Jefatura de División de Concesiones de 23 de febrero de 2017, suscribió una propuesta en la que promovía la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la obligación esencial de ejecutar las obras conforme al proyecto

aprobado por MINTRA y en el plazo concedido, y de la puesta en marcha del servicio prevista en la cláusula 40.2.4 b) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

6. Por Orden del consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de 8 de marzo de 2017, se acordó iniciar el procedimiento de resolución del contrato. En su breve fundamentación, el acuerdo citaba el artículo 264 j) del TRLCAP, y mencionaba que había sido adoptado a la vista de la propuesta formulada por la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras de fecha 3 de marzo de 2017 en la que se señalaba que la empresa concesionaria había incumplido la obligación esencial de ejecutar las obras y poner en funcionamiento del servicio prevista en la cláusula 40.2.4 del PCAP, concurriendo también la causa de resolución consistente en el abandono de la obra.

En el expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora figura un informe sin firmar de la misma fecha de la incoación, que, según el índice, habría sido formulado por el Área de Contratación. En él, poniendo en relación el artículo 243 del TRLCAP con las cláusulas 2.2 y 40.2.4 del PCAP, se apunta al incumplimiento imputable a la concesionaria del deber de construcción de la totalidad de las obras objeto de concesión, que se entiende constitutivo de un incumplimiento esencial (art. 264 j TRLCAP). Asimismo, al abandono según se deduce de los informes de la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras de 14 de diciembre de 2016 y de 23 de febrero de 2017 (art. 264 j TRLCAP).

Mediante oficios de 9 y de 13 de marzo de 2017, se otorgó el trámite de audiencia a la concesionaria, a OHL S.A., a OHL Concesiones, al Banco Popular S.A. y a Abanca Corporación Bancaria, S.A., remitiéndoles el informe del Área de Contratación de la misma

fecha de la incoación. Las dos últimas compañías citadas no han presentado alegaciones.

El Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid ha dictado auto de 15 de marzo de 2017, en cuya virtud, entre otras medidas dispuestas, se abre la fase de liquidación y disolución judicial de CMN, dejando en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio, que, en régimen de sustitución, pasan a ser ejercidas por la administración concursal. Asimismo, se declara disuelta la entidad CMN, cesando en su función sus administradores, que serán sustituidos por la administración concursal. Dicha resolución no es firme, sino susceptible de recurso de reposición, sin que haya constancia en el expediente administrativo sobre su firmeza. La apertura de la fase de liquidación ha de ser anunciada mediante edictos a publicar en el tablón de anuncios del Juzgado y publicada en el Registro Público Concursal del Registro Mercantil.

Con fecha 21 de marzo de 2017, un abogado colegiado del ICAM, actuando en nombre de la concesionaria, presentó un escrito de alegaciones cuyas primeras páginas se dedicaban a aclarar los hechos en que se basaba la Administración, con los que discrepaba con base en un relato sustancialmente coincidente con el que se hizo valer en la solicitud de resolución del contrato dictaminada en su día por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Asimismo, se oponía a la resolución promovida por la Administración autonómica por los siguientes motivos:

- La Comunidad de Madrid pretendía extinguir un contrato que ya estaba resuelto, al haberse declarado la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores.

- Dada la pendencia de un recurso contencioso-administrativo frente a la Orden por la que se desestimó la solicitud de resolución del contrato hecha valer por la contratista (P.O. 921/15), la Administración no podía resolver el contrato en vía administrativa sin plantear previamente un conflicto de jurisdicción con el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

- En razón de esa misma pendencia procesal, estima concurrente una suerte de prejudicialidad homogénea, en virtud de la cual no se podrían emitir pronunciamientos en vía administrativa sobre la resolución del contrato hasta que no fueran resueltos los recursos pendientes contra las resoluciones administrativas que se habían manifestado en torno a la resolución solicitada por la contratista. Citaba a favor de esta alegación diversa doctrina administrativa.

- Las causas de resolución invocadas frente a la contratista tendrían origen en graves incumplimientos contractuales de la Comunidad de Madrid a lo largo de la vida del contrato, que habrían avocado a la situación actual. En este punto, volvía a utilizar una argumentación esencialmente coincidente con la que hizo valer al pretender la resolución del contrato.

- Inexistencia de la causa de resolución recogida en el artículo 264.j) del TRLCAP: ejecutar las obras dentro de plazo no es una obligación esencial, sino una obligación general que no podría dar lugar a la resolución del contrato. Además, estima que aun cuando se aceptase que la obligación de ejecutar las obras dentro del plazo tiene carácter esencial, tampoco cabría hablar de incumplimiento ni de abandono por una serie de razones:

- Existen causas legales que justificarían el incumplimiento o abandono.

- No concurriría una “*voluntad deliberadamente rebelde*” al cumplimiento de la obligación.

- La Comunidad de Madrid impuso modificaciones al proyecto.

- El objeto del contrato habría quedado frustrado por el Plan de Infraestructuras Ferroviarias para Madrid 2009-2015 y el Protocolo de Colaboración para Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías.

Ya el 24 de marzo, OHL Concesiones, actuando mediante el mismo abogado que había presentado anteriormente el escrito de alegaciones formulado por la concesionaria, presentó un escrito en el que, invocando razones de economía procesal, se remitía al previamente presentado por aquélla y reputaba improcedente la incautación de la garantía definitiva.

En la misma fecha del 24 de marzo, el abogado que actúa en nombre de las distintas empresas relacionadas entre sí, presentó en nombre de OHL, S.A. un nuevo escrito similar al presentado en nombre de su filial, mediante el que se volvía a remitir por razones de economía procesal al suscrito por la concesionaria.

De conformidad con el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con fecha 7 de abril de 2017 se ha dado trámite de audiencia al administrador concursal de CMN. Éste, mediante escrito presentado el 19 de abril, formuló un escrito de alegaciones en el que se remitía al presentado anteriormente por la concesionaria y además alegaba que el contrato estaba resuelto *ipso iure* toda vez que se había producido la apertura de la fase de liquidación en el procedimiento concursal seguido a instancia de la contratista.

Con fecha 24 de abril de 2017 se ha dictado orden de corrección de errores materiales de la orden de 14 de octubre de 2016 de incautación de las garantías definitivas y se ha notificado a CMN, Banco Popular S.A., Abanca Corporación Bancaria S.A., OHL, OHL Concesiones y al administrador concursal de CMN.

La Abogacía General de la Comunidad de Madrid ha emitido informe favorable a la resolución del contrato en fecha 11 de mayo de 2017.

En consonancia con lo dispuesto en los artículos 8.a.2) y 14 del Decreto 45/1997, de 20 de marzo por el que se desarrolla el régimen del control interno y contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, se ha remitido con fecha 12 de mayo de 2017 el expediente de resolución de contrato para su fiscalización previa a la Intervención General.

Con fecha 19 de mayo de 2017, la interventora general de la Comunidad de Madrid ha dictado resolución de ampliación del plazo para la emisión de su informe por el tiempo máximo permitido por el artículo 32.1 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con fecha 12 de mayo de 2017 se ha dictado orden de suspensión del procedimiento de resolución desde el día 12 de mayo de 2017 hasta el día que se reciba el correspondiente informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid. La citada orden ha sido notificada a CMN, Banco Popular S.A., Abanca Corporación Bancaria S.A., OHL, OHL Concesiones y al administrador concursal de CMN.

El 25 de mayo de 2017 la representación de OHL y OHL Concesiones presentó un escrito en el que indicaba que había interpuesto recurso contencioso administrativo contra la orden de 24 de abril de 2017, de corrección de errores de la orden de incautación de garantías de 14 de octubre de 2016.

Mediante auto judicial de 29 de mayo de 2017 se ha resuelto en sentido desestimatorio el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 3 de abril de 2017 que denegaba la medida cautelar de suspensión de la orden de incautación de garantías definitivas de fecha 14 de octubre de 2016.

En fecha de 13 de junio de 2017 se ha recibido el informe favorable a la resolución del contrato emitido por la Intervención General con fecha 12 de junio de 2017.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el 13 de junio de 2017 se ha dictado orden de levantamiento de la suspensión del procedimiento de resolución del contrato. Dicha orden ha sido notificada a CMN, Banco Popular S.A., Abanca Corporación Bancaria S.A., OHL, OHL Concesiones y al administrador concursal de CMN.

Figura incorporada al expediente una nueva propuesta de resolución, en la que se preconiza la resolución del contrato con base en las causas consistentes en el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato y el abandono de la obra.

En este estado del procedimiento se formula solicitud de Dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Recibida la solicitud en esta Comisión Jurídica Asesora, se han recibido los documentos que acreditan la comunicación de la suspensión del plazo del procedimiento a contratista y avalistas.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En el presente caso, el contrato fue adjudicado el 22 de octubre de 2007, por lo que habrá que estar al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) como normativa sustantiva aplicable al contrato, al tratarse de la ley vigente al tiempo de la adjudicación. Así se deduce de lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del TRLCSP, transcrita anteriormente.

Por el contrario, la normativa aplicable al procedimiento de resolución es la vigente en el momento de su incoación (dictámenes 162/17, de 20 de abril y 280/17, de 6 de julio), lo que supone en el caso examinado la aplicación del TRLCSP –en particular, de sus arts. 211 y 225.3- y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), este último ante la falta de desarrollo reglamentario del TRLCSP en el referido aspecto.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

En este caso, el órgano de contratación es el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras.

En particular, el artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, como es el caso. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, y de la avalista, que no ha presentado escrito no obstante ser notificada de la incoación del procedimiento según está acreditado al documento 50 bis del expediente administrativo. En este punto, y al hilo de lo expresado en alguno de los escritos de alegaciones, resulta irrelevante el que la avalista lo fuera también de OHL, S.A. o de OHL Concesiones, puesto que, lo que en definitiva interesa a los efectos pretendidos (de garantizarse la audiencia del avalista), es que hubieran prestado la garantía definitiva del contrato cuya resolución se tramita.

Debe matizarse que, con posterioridad a la fecha de otorgamiento de la audiencia, se han incorporado al procedimiento los informes de la Abogacía General y de la Intervención General, práctica que no le ha generado indefensión a la concesionaria puesto que no añaden hechos nuevos como base de la pretensión resolutoria (en sentido equiparable, los dictámenes 110/17, de 9 de marzo y 182/17, de 4 de mayo).

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista. Esta, según hemos manifestado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 191/16, de 9 de junio, no debe limitarse a ser un borrador incompleto de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que ha de recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen. La propuesta de resolución aportada al procedimiento cumple con suficiencia dicho cometido, al aparecer revestida de fundamentación fáctica y jurídica suficiente.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la existencia misma de un incumplimiento contractual y a sus consecuencias.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 8 de marzo de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen, ya que la Administración que suscita la consulta ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que señala que el plazo máximo legal para resolver

y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias:

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En el caso examinado, la aplicación de esta salvedad se relaciona con la suspensión formalmente acordada al solicitar informe a la Intervención Delegada y al pedir dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

No obstante, para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes. La acreditación de estas comunicaciones, tanto en lo referido a la solicitud de informe de la Intervención General como a la petición de dictamen de este órgano consultivo, figura incorporada al expediente administrativo del procedimiento de resolución del contrato.

TERCERA.- La primera cuestión a dilucidar es si se ha producido el incumplimiento esencial del contrato que alega la Administración y niega la contratista. En este punto, debemos partir de la definición del objeto del contrato en la cláusula 2.2 del PCAP, que señala como prestación básica por parte del concesionario la consistente en:

“... la construcción de las infraestructuras de la nueva línea de transporte ferroviario y demás obras e instalaciones asociadas a la misma, con sujeción al proyecto definitivo redactado por el

concesionario y aprobado por MINTRA, y de acuerdo con lo establecido en el presente pliego así como en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y en el resto de la documentación que revista carácter contractual”.

La obligación del contratista de ejecutar el contrato viene establecida, en lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a este concreto contrato, en el artículo 243.1 del TRLCAP, relativo a las obligaciones generales del concesionario. Su apartado a) se refiere al deber de *“Ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato”*. En línea con esta previsión legal, la cláusula 40.2.4 b) del PCAP establece como obligación general del concesionario la de *“Ejecutar las obras conforme al proyecto aprobado por MINTRA, cumpliendo con el plazo total marcado en el presente pliego para la terminación de las obras y puesta en marcha del servicio, de acuerdo con su oferta”*.

Por lo que se refiere al carácter esencial de la obligación de ejecutar las obras, no hay que olvidar que nos hallamos ante un contrato cuyas obligaciones y posible resolución se rigen como venimos diciendo por el TRLCAP y no por la LCSP, que ha modificado el régimen jurídico de las obligaciones esenciales. Es en esta última regulación, y no en la aplicable al contrato, en la que se basa el escrito de alegaciones de la contratista al oponerse a la resolución del contrato por esta causa.

Bueno es, por tanto, remitirse a la doctrina que venía fijando el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid durante la vigencia de dicho régimen legal en torno a la referida causa de resolución.

Así, con relación al carácter esencial de las obligaciones, el artículo 111 del TRLCAP relativo a las causas de resolución incorporaba en su apartado g) *“el incumplimiento de las restantes*

obligaciones contractuales esenciales”, no siendo necesario que la obligación incumplida hubiera sido calificada como esencial en los pliegos o en el contrato para que su incumplimiento pudiera ser causa de resolución.

En esto, es cierto, existía una diferencia con lo previsto en la LCSP, cuyo artículo 206.g) previene que las obligaciones esenciales, para poder ser tenidas como tales, sean calificadas así en los pliegos o en el contrato. En cambio, en la regulación contenida en el artículo 111.g) TRLCAP, no era necesario que la obligación incumplida hubiera sido calificada como esencial en los pliegos o en el contrato para que su incumplimiento pudiera ser causa de resolución.

Esta diferenciación fue advertida, entre otras muchas ocasiones, en el Dictamen 443/09, de 16 de septiembre:

«El artículo 111.g) TRLCAP, a diferencia de la actual LCSP que exige en su artículo 206.g) que estas obligaciones esenciales hayan sido calificadas así en los pliegos o en el contrato, no exigía esta concreción, debiendo determinarse cuando una obligación era de carácter esencial en atención a las circunstancias concurrentes, habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 2002 que “el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial” y debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».

Con posterioridad, la propia doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora ha reflejado en numerosas ocasiones la diferencia de concepción entre ambos textos legales en lo referido a la posible consideración de un incumplimiento del contratista como una infracción de una obligación de carácter esencial.

Es obvio que las consideraciones precedentes son también predicables del artículo 264 del TRLCAP, cuando prevé en su apartado j) la posible resolución del contrato de concesión de obras públicas cuando se produzca el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales.

Centrándonos en el concreto incumplimiento que se nos somete a consulta, como ya hemos anticipado, la estipulación primera del contrato recoge el compromiso de CMN de llevar a cabo la ejecución del contrato. De esta forma, la prestación básica asumida por la contratista reside en ejecutar las obras con arreglo al proyecto aprobado por la Administración y en los términos señalados en la documentación contractual. No parece discutible que esta obligación básica tenga carácter esencial, puesto que, por la fuerza de los hechos, sin su cumplimiento previo resulta imposible alcanzar el objeto de la concesión reflejado en la cláusula 2 del PCAP: construir una infraestructura para su posterior explotación.

Es más, incluso si se aplicara al contrato la LCSP, también podría considerarse esencial un posible incumplimiento, puesto que, conforme a la doctrina que viene estableciendo esta Comisión Jurídica Asesora en línea con otros órganos consultivos, por incumplimientos esenciales cabe entender, no solo aquellos a los que se refiere como tales la documentación contractual, sino también aquellos que, aun no habiendo sido calificados expresamente como tales, impidan la ejecución misma del objeto del contrato. Este criterio, además, es el que se recoge en el artículo 209.f) del proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, actualmente en sede de tramitación parlamentaria.

Descendiendo al terreno de los hechos, un análisis de la conducta de la contratista durante la ejecución del contrato, debe permitirnos deducir si se ha producido el incumplimiento esencial que imputa la Administración al contratista en aplicación del régimen jurídico del TRLCAP.

En este punto, hay que partir como antecedente más remoto del acta de comprobación del replanteo formalizado con fecha 10 de septiembre de 2008. En él se constató, como es propio de este acto administrativo en que participa destacadamente el contratista, la disposición efectiva de los terrenos necesarios para el comienzo de las obras, así como la viabilidad del proyecto. De esta forma, conforme a la oferta realizada por la contratista mejorando lo previsto en la cláusula 6 del PCAP, el plazo máximo para la ejecución del contrato quedaba fijado en 28 meses a partir desde aquella fecha, expirando dicho plazo el día 11 de marzo de 2011.

No tardaron en producirse hechos de los que se deducía que las cosas no iban conforme a lo esperado por la Administración. Así, ya en la reunión ordinaria de obra n° 83, de 14 de enero de 2010, la empresa responsable de la construcción (OHL) confesó que iba a paralizar los trabajos por falta de financiación. Así se deduce del acta de la reunión mantenida en aquella fecha: *“... dado que no se dispone de financiación se deben paralizar los trabajos y a día de hoy no tienen conocimiento de cuándo se van a poder retomarlos mismos, por lo que quedarán paralizados sine die”*.

En fecha 18 de enero de 2010 MINTRA volvió a requerir formalmente a la concesionaria a fin de que cumpliera el contrato y reanudase la ejecución de las obras.

Lejos de atender a dicho requerimiento, como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, con fecha 27 de julio de 2010 la

concesionaria presentó una solicitud de resolución de contrato por causa no imputable al contratista, poniendo de manifiesto en la solicitud la imposibilidad de obtener la financiación para el cumplimiento del contrato. No obstante, en el devenir del procedimiento se produjo un entendimiento entre Administración y contratista, que mediante escrito de 27 de octubre de 2010 revocó la solicitud de resolución contractual, y no lo hizo de cualquier manera, sino manifestando su compromiso de atender sus obligaciones reiniciando la ejecución de las obras en los términos que resultaran de un nuevo plan de trabajo.

De modo efectivo, el nuevo plan de trabajo fue aprobado por MINTRA el 27 de diciembre de 2010, previéndose en él un nuevo plazo para la finalización de las obras, que expiraba el 31 de enero de 2013. La contratista se comprometió a llevar a cabo la ejecución en los términos que reflejaba la resolución por la que se aprobó el nuevo plan de trabajo:

“Conforme con éstos, la sociedad concesionaria asume las eventuales consecuencias derivadas de cualquier disminución de la demanda y se obliga a obtener, de forma inmediata, tras la firma del contrato, la financiación, propia o ajena, necesaria para el cumplimiento del contrato. Esto es, la financiación debía haberse cerrado mucho antes de que la situación económica se deteriorase”.

El siguiente hecho significativo a los efectos que nos interesan viene constituido por un escrito presentado por la concesionaria el 7 de octubre de 2011, en el que ponía de manifiesto el fracaso en la obtención de financiación para las obras. Apenas pasado un mes (el 10 de noviembre de 2011), solicitó formalmente la modificación del contrato con base en necesidades nuevas y causas imprevistas. Dos meses después, el 22 de diciembre de 2011, la concesionaria todavía

estaba solicitando una ampliación del plazo para la presentación de la documentación que había anticipado iba a presentar en el escrito de solicitud de la modificación del contrato.

Pasado casi un año (el 29 de noviembre de 2012), fue el viceconsejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda quien requirió a la concesionaria para que reanudase la ejecución de las obras en un plazo máximo de quince días. Esta vez, la admonición a la contratista venía acompañada de la advertencia de una posible imposición de sanciones así como de su posible responsabilidad frente a la Administración a título de resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hubiera podido ocasionar.

Con fecha 20 de febrero de 2014, la Asamblea de Madrid tomó cartas en el asunto, aprobando su Pleno una resolución por la que se instaba al Gobierno de la Comunidad de Madrid a fin de que exigiera a la concesionaria la reanudación inmediata de las obras. Fruto de esta actuación, el viceconsejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda volvió a requerir formalmente a la concesionaria con fecha 6 de marzo de 2014 la reanudación de las obras.

Sin que se tenga constancia de que entretanto se hubiera producido algún avance en la ejecución, fue esta vez el director general de Infraestructuras quien con fecha 30 de julio de 2014 exigió al concesionario la reanudación inmediata de las obras, solicitud que se reiteraría por la misma autoridad al año siguiente, en concreto el 28 de mayo de 2015.

La concesionaria tampoco tuvo por oportuno esta vez reanudar la ejecución, sino que, como se ha indicado en los antecedentes de hecho, con fecha 12 de junio de 2015 solicitó la resolución del contrato. Como sabemos, esta nueva iniciativa tendente al apartamiento del contrato resultó también infructuosa, ya que por Resolución de 18 de enero de

2016 del consejero competente se decretó la desestimación de la solicitud.

Pasando al terreno de los hechos las advertencias que se habían hecho a la concesionaria, por Resolución de 11 de febrero de 2016 el consejero competente se ordenó la imposición de penalidades a la concesionaria por el incumplimiento de la obligación de ejecutar la totalidad de las obras en el plazo previsto, apercibiéndole asimismo de que, caso de no abonar la penalidad, se procedería a la incautación de las garantías definitivas. Esta resolución administrativa es además significativa en cuanto a la posible causa de resolución cuyo análisis abordamos por cuanto concedió al contratista un plazo de 16 meses a contar desde el día siguiente a la notificación de la orden (lo que se produjo el 12 de febrero de 2016) para la ejecución de la totalidad de las obras objeto del contrato.

Sabemos también que la contratista pretendió obtener en vía judicial el amparo a sus retenciones a la hora de ejecutar el contrato, pero que la solicitud de suspensión de la imposición de penalidades fue desestimada en la citada sede con fecha 14 de abril de 2016.

También resulta significativo que, manteniéndose vigente el contrato y existiendo numerosas órdenes incumplidas en orden a su reanudación, la propia concesionaria solicitase su declaración en concurso de acreedores, a la que se accedió mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid de fecha 12 de julio de 2016.

Posteriormente, con fecha 14 de octubre de 2016, se ordenaría la incautación de las garantías definitivas al no haber efectuado la concesionario en el plazo concedido al efecto el abono de la penalidad impuesta por la resolución de 11 de febrero de 2016.

Entretanto la concesionaria trasladaba de la vía administrativa a la judicial su resistencia a la hora de ejecutar el contrato, con fecha 14 de diciembre de 2016 unos técnicos de la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras y de la asistencia técnica de la obra giraron una visita de inspección al lugar donde supuestamente se deberían estar llevando a cabo las obras. Con rotundidad, en la documentación del resultado de la visita reflejaron la falta de actividad y de presencia de personal en el lugar. Únicamente se observó cierta actividad en la zona del túnel Parque Coimbra, pero esta, según sospechaban, podía estar relacionada con la tuneladora y no con la ejecución de los trabajos que constituyen el objeto del contrato.

También sabemos que, abandonando ya por completo toda colaboración en el avance del contrato, la concesionaria siguió centrando sus esfuerzos en la sede judicial, en la que tampoco encontró comprensión en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la orden de incautación de las garantías definitivas, en el que un auto de 3 de abril de 2017 desestimaría la nueva solicitud de suspensión formulada a su instancia.

Con posterioridad, se giró una nueva visita de inspección a las instalaciones con fecha 23 de febrero de 2017 por un técnico de la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras. La impresión que resultó de la comprobación fue que la obra estaba en el mismo estado de avance en el que se encontraba en el momento de la paralización, salvo la urbanización de las afecciones exteriores en Móstoles. El técnico concluía que las obras no iban a estar finalizadas en la fecha del 11 de junio de 2017, que era la fecha tope acordada en la última prórroga concedida al contratista. Como sabemos, con base en este informe y en los hechos reflejados se inició el procedimiento de resolución del contrato que actualmente nos ocupa.

Resulta de todo ello que, transcurridos actualmente casi diez años desde el inicio de la ejecución del contrato que se produjo el 10 de septiembre de 2008, la concesionaria ha desatendido numerosos requerimientos de la Administración en orden a la continuación de los trabajos. Su obligación de ejecutar el contrato no ha sido trastocada en vía administrativa más que en forma de prorrogar el plazo final, sin que en modo alguno ello haya supuesto la alteración en los demás aspectos de la obligación de ejecutar las obras que debían servir de base a la prestación del servicio en que también consistía el negocio concesional. Tampoco se ha producido alteración alguna en la vía judicial, a la que ha trasladado su oposición fáctica a cumplir el contrato, no habiendo conseguido hasta el momento ningún pronunciamiento de carácter favorable ni en lo referido al fondo del asunto, en que a la fecha actual no se tiene constancia de haberse dictado sentencia en alguno de los recursos contencioso-administrativos pendientes, ni en lo relativo a la tutela cautelar varias veces pretendida.

Resulta así evidente que la concesionaria ha incumplido la obligación esencial de llevar a cabo la ejecución de las obras, concurriendo en consecuencia la causa de resolución del contrato que promueve la Administración con base en el artículo con el artículo 264.f) del mismo texto legal. Además lo ha hecho con evidente mala fe, puesto que, en detrimento de los intereses generales y de las expectativas de los ciudadanos, no solo ha mantenido paralizada durante años la obra pública, sino que, con la presumible intención de eludir la responsabilidad que de ello podría derivarse, ha dilatado cuanto ha podido la ejecución del contrato disfrazando así su nulo interés en continuar la obra.

Junto a ello, alega la Administración la concurrencia de una segunda causa de resolución, consistente en el abandono de las obras.

Dicho incumplimiento resultaría en particular del acta de inspección de 14 de diciembre de 2016, cuando se comprobó definitivamente la inexistencia de personal en las obras y la llevanza de la tuneladora que había de servir para el cumplimiento del contrato. La Abogacía General considera que esta causa de resolución debería ceder ante la consistente en el incumplimiento de la obligación esencial de llevar a efecto el objeto del contrato ejecutando las obras que sirvan de base material a la prestación del servicio por razón de la prioridad natural de esta última, que se ha manifestado antes en el curso del tiempo. Además, entiende esta Comisión Jurídica Asesora que, confundiéndose en el caso que se examina los hechos que consisten en la falta de ejecución de la prestación con los que se identifican como abandono de las obras, aunque el procedimiento de resolución del contrato no constituya propiamente una manifestación del ejercicio de la potestad sancionadora, sí conviene transpolar al mismo algunas de las garantías propias de ésta en cuanto supone el ejercicio de potestades de intervención sobre los particulares (en dicho sentido, nuestro reciente Dictamen 280/17, de 6 de julio). En este contexto, no se antoja adecuado al principio de *non bis in idem* la doble sanción de los mismos hechos, cuando la concomitancia parcial entre ambas causas de resolución no permite apreciar nítidamente una discrepancia de fundamento entre ambos incumplimientos.

Por lo demás, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado remitirse al argumento dado en el informe del Consorcio Regional de Transportes de Madrid con fecha 9 de septiembre de 2015 en relación con la alegación por la concesionaria de existir justificación para el incumplimiento del contrato en la falta de financiación de las obras.

Con independencia de que en la contratación administrativa no rija la *exceptio non adimpleti contractus* (en dicho sentido, nuestros dictámenes 272 y 332 de 2016, de 29 de junio y 21 de julio,

respectivamente), atendido lo cual no le es dable al contratista excusar su falta de cumplimiento en una desatención previa por la Administración a sus obligaciones contractuales, y de la trascendencia del principio de riesgo y ventura en el contrato de concesión de obra pública que hace al concesionario responsable del cumplimiento del contrato con independencia de la mejor o peor fortuna de su inversión, en el caso analizado ha sido la propia contratista la que ha elegido asumir cierto margen de riesgo en la ejecución.

Así, en el informe de referencia se le recordaba que habían sido las características de la oferta por su parte presentada, más que la crisis económica, la causa principal por la que no se había podido obtener la financiación necesaria para completar sus fondos propios y acometer el proyecto. Y es que, contemplando los pliegos la posibilidad de solicitar una banda mínima de ingresos garantizados (a la que llamativamente se habían acogido el resto de licitadores), renunció a esa posibilidad, obteniendo por tal causa una puntuación más elevada en los criterios de adjudicación. La oferta asumida así por el adjudicatario del contrato como mejora era el 100% del riesgo de demanda, cuando el PCAP no obligaba a asumir dicho porcentaje.

Asimismo, en cuanto a la ya apuntada incidencia del principio de riesgo y ventura, reseñar su reflejo explícito en la cláusula 43 del PCAP:

“El concesionario asumirá los riesgos y responsabilidades que se deriven del proyecto, construcción, explotación y conservación de la línea, en los términos descritos en el objeto del contrato en el presente pliego. Es decir, la totalidad del contrato de concesión, en sus aspectos de proyecto, construcción, explotación, conservación y financiación, se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario. En particular y con carácter meramente enunciativo, no se derivarán

en ningún caso responsabilidades para MINTRA, ni para el CRTM en virtud de sus competencias en la prestación del servicio, respecto a:

a. Defectos, insuficiencias, errores, omisiones o incumplimientos en el proyecto.

b. Errores constructivos o retrasos en la construcción.

c. Los resultados de la explotación de la línea.

d. La evolución del número de viajeros en la línea objeto de concesión.

e. La evolución de los residentes en el entorno de las estaciones.

f. La evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo del plazo concesional.

g. El aumento, supresión, reducción o modificación de las líneas de transporte colectivo que sirven actualmente en la zona, o las que se prevean en un futuro para prestar servicio, por parte de otras Administraciones Públicas competentes”.

CUARTA.- Expuesta nuestra posición favorable a la concurrencia de causa para la resolución del contrato, es conveniente referirse a los óbices que plantea la concesionaria y, adhiriéndose a ella, el resto de escritos de alegaciones presentados en el seno del procedimiento. Alegaciones a las que, por otra parte, se le ha dado fundamentada y adecuada respuesta en el informe del Servicio Jurídico en la Consejería competente.

En primer lugar, con respecto a la incidencia del procedimiento concursal en el de resolución del contrato, cabe recordar, en primer

lugar, que no es la declaración del concurso, sino el auto del juez por el que se acuerda la liquidación del concursado, el que determina la posible resolución.

En este punto, el apartado 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece que *“Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial”*.

Ello supone la remisión, tratándose como es el caso de un contrato administrativo y no privado, a la normativa aplicable en materia de contratación pública, es decir, a lo que en la misma se disponga en sede de causas de resolución y de incautación de las garantías.

El contrato sobre el que se solicita nuestro dictamen está sometido en cuanto a sus efectos y extinción, como ya ha sido expuesto, al TRLCAP. Por ello, ha de traerse a colación el apartado 2 de su artículo 112, a cuyo tenor *“La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación originarán siempre la resolución del contrato”*.

La incoación del procedimiento administrativo de resolución del contrato tuvo lugar el 8 de marzo de 2017, fecha en la que todavía no se había dispuesto la apertura de la fase de liquidación del concurso, que se produjo con posterioridad, en concreto mediante auto de 15 de marzo de 2017.

En cualquier caso, no hubiera sido otra la solución si se aplicara a la cuestión el TRLCSP, puesto que, a pesar de que su artículo 223.b) se refiere a la declaración del concurso como causa de resolución del

contrato, a continuación, el artículo 224.2, al concretar la aplicación de las causas de resolución, matiza que, en los casos de concurso, es la apertura de la fase de liquidación la que da lugar a la resolución del contrato. Así lo hemos indicado en nuestros dictámenes 191 y 269/16, de 9 y de 30 de junio, respectivamente.

No hay que olvidar por otra parte que, aunque la apertura de la fase de liquidación se incluye entre las causas automáticas de resolución del contrato, ello no quiere decir que la extinción del contrato se produzca *ipso iure*, siendo necesario por el contrario la incoación de un procedimiento administrativo de resolución del contrato en la que sea declarada con la tramitación y garantías de general aplicación.

De esta forma, la relación entre incumplimiento esencial del contratista y causa de resolución derivada de la liquidación en el procedimiento de concurso, se reconduce a un supuesto de concurrencia de varias causas de resolución.

En este punto, de acuerdo con el criterio seguido por el Consejo de Estado, debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico. Esta doctrina es especialmente aplicable cuando concurren varias causas de resolución que tienen alcance diverso en cuanto a su funcionamiento y efectos.

En dicho sentido se manifestaba el Consejo de Estado en su dictamen 1252/2009, de 23 de julio:

«En caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen 47.892,

de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”.

Esta doctrina es seguida por otros muchos dictámenes posteriores del alto órgano consultivo de la Administración del Estado, verbigracia en el Dictamen 2230/2004, de 14 de octubre, con cita de otros muchos precedentes, aplicándola igualmente cuando una de las causas de resolución concurrentes en la situación de concurso del contratista.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid también suscribió esta doctrina. Así, en sus dictámenes 270/09, de 20 de mayo; 408/09, de 22 de julio; y 289/11, de 1 de junio, y 373/12, de 20 de junio, conforme al cual:

“Sobre la concurrencia de varias causas de resolución, este Consejo Consultivo en sus dictámenes 505/09 y 532/09, ha recogido la doctrina reiterada del Consejo de Estado, según la cual resulta improcedente pretender la extinción de un contrato administrativo en dos causas de resolución y que, en tales supuestos debe aplicarse siempre la primera causa de resolución que aparezca en el tiempo”.

Se ha adherido igualmente a esta doctrina esta Comisión Jurídica Asesora en casos precedentes (por todos, en el dictamen 332/16, de 21 de julio), así como otros órganos consultivos (por ejemplo, los dictámenes de 7 de abril de 2016 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias o el del Consejo Consultivo de Castilla y León de 16 de octubre de 2014, citados en el informe del Servicio Jurídico en la Consejería competente).

En cuanto a la alegación de la concesionaria relativa a la imposibilidad de resolver el contrato en vía administrativa sin el planteamiento de un conflicto de jurisdicción, recordar que esta es una iniciativa que debe adoptar en su caso la Administración si lo tiene por oportuno al considerar que un órgano judicial interfiere en los asuntos de su competencia, sin que en este caso se aprecien méritos para hacerlo dado que el órgano de contratación, al resolver el contrato, ejerce las potestades administrativas que le son propias y le están reconocidas legalmente.

Este aspecto ya fue tratado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 403/13, de 25 de septiembre, en que, con apoyo en la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 16 de junio de 2011 y en otras anteriores que en ésta se citaban, se puso de manifiesto que la existencia de un concurso de acreedores no constituye óbice al ejercicio por la Administración de las facultades de resolución del contrato. Indicaba con claridad la sentencia de referencia:

«(...) corresponde a la referida Administración local la competencia para resolver los contratos administrativos, pues, conforme es doctrina reiterada de este Tribunal de Conflictos, expuesta en las sentencias de 25 de junio de 2007 (RJ 2007, 4902) (conflicto de jurisdicción 3/2007), y de 22 de junio de 2009 (conflicto de jurisdicción 7/2008), el principio de universalidad de la jurisdicción del Juez del Concurso, dirigido a asegurar la eficacia del procedimiento concursal, que se infiere de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (RCL 2003, 1748) , no puede entenderse en el sentido de vaciar de contenido las prerrogativas de la Administración en orden a la interpretación y resolución de los contratos administrativos.

(...) Y resultan bien expresiva del alcance -y de los límites- de la invocada universalidad la propia regulación de la LC que, respecto de la inclusión o no en las listas de acreedores de los créditos pendientes de manifestarse en el procedimiento, contiene previsiones específicas acerca de los condicionales, provisionales y litigiosos, en términos que, partiendo de "los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constasen en el concurso" determina, efectivamente, que "todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal" (artículo 86 LC), pero preserva la significación de los condicionales o litigiosos (artículo 87) y, a fortiori, ha de preservar la necesidad de su previo reconocimiento por el órgano administrativo competente, cuando de la investigación y decisión de éste pende la existencia misma -y naturalmente la cuantía- del crédito que, en concepto de devolución de tributos, figura inicialmente en la lista de bienes de la masa activa pero, por su propia naturaleza, "condicionado a" o "pendiente de" que el derecho a la devolución exista efectivamente».

Con respecto a la alegación sobre la supuesta concurrencia de prejudicialidad homogénea, sobre este particular ya nos manifestamos en el Dictamen 332/16, de 21 de julio, y, en esta misma sesión, y en relación con otro procedimiento de resolución contractual, en el Dictamen 290/17.

En línea con la doctrina mantenida en dichas ocasiones, reiteramos ahora que el mismo Consejo de Estado en Dictamen de 27 de diciembre de 2007, ha declarado que no obsta a la conclusión y decisión final de un expediente de resolución contractual el hecho de que el concesionario mantenga un recurso contencioso-administrativo contra la denegación de su solicitud de resolución de contrato por incumplimiento de la Administración formulada con anterioridad.

Ahora bien, resulta claro que una eventual sentencia favorable del citado recurso contencioso-administrativo surtiría efectos sobre el resultado final del procedimiento de resolución del contrato instado por la Administración, e incluso pudiera dar lugar a la revocación o revisión de la resolución que se adoptara, *“pues podría darse el caso de que una hipotética estimación de la demanda formulada en dicha causa llevara o cargara sobre la Administración una responsabilidad que fuera incompatible con la imputada responsabilidad del contratista que trata de servir de sustento a la resolución de este expediente”* (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de diciembre de 2007).

En consecuencia, si no consta durante la tramitación del procedimiento de resolución instado por la Administración que el recurso contencioso-administrativo haya sido fallado, ni se ha adoptado medida alguna en el mismo que impida acabar este expediente, es posible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual por causa imputable al concesionario y la decisión final que se adopte será recurrible con independencia del mencionado recurso contencioso; pero, como es obvio, esta resolución administrativa podrá ser sometida también a control jurisdiccional, de modo que si es impugnada en sede judicial, es entonces cuando podrá hacerse valer por el juzgado correspondiente la precedencia temporal de la causa resolutoria invocada por el concesionario.

Por ello cabe concluir que la decisión que adopte la Consejería competente en el expediente sometido preceptivamente a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, puede quedar condicionada al fallo de la sentencia definitiva y firme que se dicte sobre la pretensión de resolución pretendida por la concesionaria, pero no es óbice a la tramitación y resolución del actual procedimiento.

Finalmente, en cuanto a la posible incidencia de la disolución de la contratista sobre el procedimiento de resolución, no debe inducir a confusión la apariencia que parece derivarse de la toma en consideración del artículo 178 de la Ley Concursal, cuando se refiere a los efectos de la conclusión del concurso:

“1. En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación o de lo previsto en los capítulos siguientes.

2. Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.

3. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme”.

Por el contrario, y como ha señalado autorizada doctrina, se pueden identificar diversas situaciones en las que, incluso habiendo acordado el órgano judicial competente la conclusión del concurso, ante la pendencia de procedimientos judiciales o administrativos en

que se ventilan derechos e intereses de terceros, la sociedad concursada sigue perviviendo en cuanto que centro residual de imputación de determinadas consecuencias jurídicas.

Así ha señalado la Audiencia Provincial de Barcelona (S. 16ª) en sentencia de 20 de octubre de 2010, que la extinción formal de la sociedad tiene que compatibilizarse con la persistencia de relaciones jurídicas todavía existentes, como centro residual de imputación hasta tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de las que era titular. A la misma idea responde la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2014, y la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 2015.

De igual modo, en la doctrina administrativa, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 29 de abril de 2011 y de 17 de diciembre de 2012, ha rechazado que la cancelación de los asientos de una sociedad en el Registro Mercantil suponga la extinción definitiva de su personalidad jurídica, que no se producirá hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad.

QUINTA.- Finalmente, por lo que se refiere a la incautación de la garantía definitiva, debe recordarse que esta cuestión pertenece al régimen jurídico sustantivo del contrato (efectos de la causa de resolución), y no a la regulación del procedimiento.

Por consiguiente, aparece regulada por el TRLCAP que, a diferencia del TRLCSP en su artículo 225.4, asocia con carácter automático el incumplimiento culpable de la contratista a la incautación de la garantía definitiva establecida.

En este punto cabe recordar que, conforme viene recordando con reiteración este órgano consultivo, el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 de su texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista la incautación automática de la garantía, debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. Con base en dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida.

Es cierto que, frente a ese automatismo inicial en la aplicación de la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos. Así por ejemplo, en vista del comportamiento de las partes en la vida contractual.

Siquiera trayendo a colación esa interpretación más flexible al caso actual, resulta de todo punto evidente no solo que la concesionaria ha incurrido en un incumplimiento culpable de sus obligaciones, en el que no se advierte justificación para su desapego hacia los deberes que implica la relación contractual, sino que tampoco se aprecian resquicios en su conducta que permitan dulcificar el rigor legal, puesto que fue requerida en numerosas ocasiones para cumplir el contrato siguiendo adelante con la ejecución de las obras,

manifestando una continua actitud esquivada que ha terminado de manifestarse en su presentación voluntaria al concurso de acreedores.

Además, en el caso examinado la posibilidad de incautación venía claramente establecida en la documentación contractual:

Así, la cláusula 58.2 del PCAP dispone:

“En la aplicación de las causas de resolución previstas en el apartado anterior se estará a lo dispuesto en el artículo 265 del TRLCAP y en los artículos 109 a 113 RGCAP.

En todo caso, en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, se iniciará un procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios que se hayan causado por el contratista de acuerdo con los criterios y procedimiento establecidos en el artículo 113 RGCAP”.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato de “Concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero”, con incautación de la garantía definitiva constituida.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el

plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, 13 de julio de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 297/17

Excmo. Sr. Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid